
CLAUDE ZACHARIAS

**En återgångsklausuls inverkan på
fastighetsmäklarens rätt till provision**

2014-15 NR 1



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

En återgångsklausuls inverkan på fastighetsmäklarens rätt till provision

1. Inledning

Artikeln är ett resultat av ett ärende där en fastighetsmäklare valde att inte följa branschens rekommendationer för hur man bör utforma en besiktningssklausul i ett köpekontrakt om fast egendom. Flera intressanta rättsliga frågor uppkommer med anledning av fallet. Dessutom frågan om lämpligheten av att Mäklarsamfundet, den största branschorganisationen i Sverige för fastighetsmäklare, erbjuder mäklare juridiskt biträde. Flera av frågorna är av direkt praktisk betydelse för köpare och säljare och det finns därför skäl att redovisa fallet och några av frågeställningarna.

2. Bakgrund

Enligt det aktuella köpekontraktet förvärvade köparna den aktuella fastigheten av säljarna för 3 950 000 kronor. 1995 års fastighetsmäklarlag var tillämplig på förmedlingen. Köpet villkorades av en besiktning och besiktningssklausulen var en s.k. tröskelklausul i stället för den allmänt rekommenderade öppet-köp-klausulen.¹ Skillnaden mellan dessa är betydande. En tröskelklausul kan förenklat sägas utgå från att endast fel som upptäcks och vilkas åtgärdande uppgår till ett visst belopp godtas som grund för köpets återgång. I stället för ordet återgång skrivs ofta hävning.² Ibland villkoras återgången i tröskelklausuler även av att säljarna först måste avstå från att själva åtgärda felen eller vägra gå med på en prisreduktion. En öppet-köp-klausul är en enkel klausul som lämnar föga utrymme för problem. Köparen lämnas inom en viss given tid och utan konsekvenser möjligheten och *förmånen* att avstå från att fullfölja köpet. Ibland förses klausulen med en premie till säljaren för den förmån som en öppet-köp-klausul

¹ Jfr Zacharias, Claude, 2011 års fastighetsmäklarlag, En kommentar, 2 uppl., 2013, s. 699 ff.

² I NJA 2010 s. 58 berör professor Christina Ramberg i ett utlåtande bl.a. den omständigheten att jordabalken inte gör någon åtskillnad mellan återgång och hävning och att det också i andra fall sker en sammanblandning mellan återgång och hävning. Rent praktiskt får det inte någon större betydelse, men i teorin är det en viss skillnad. Författaren gör fortsättningsvis inte någon skillnad mellan återgång och hävning.

innebär för en köpare.³ I objektsbeskrivningen angavs felaktigt att byggnaden på fastigheten var försedd med treglasfönster. Säljarna och köparna kom sedermera överens om att köpet skulle gå åter. Mäklaren tillgodogjorde sig provision mot säljarnas och köparnas vilja. Köparna anmälde mäklaren till Allmänna reklamationsnämnden (ARN) som i sitt beslut rekommenderade mäklaren att betala tillbaka provisionen till köparna och säljarna.⁴ ARN ansåg att mäklaren brutit mot kraven i 19 § i 1995 års fastighetsmäklarlag och att mäklaren därför utfört sitt uppdrag så bristfälligt att rätten till provision skulle jämkas helt i enlighet med 23 § i 1995 års fastighetsmäklarlag.⁵ Mäklaren valde – under en lång tid – i strid med ARN:s rekommendation att inte betala tillbaka den provision han tillgodogjort sig. Tillsynsmyndigheten bedömde klausulen som otydlig och ansåg därför att mäklaren brutit mot god fastighetsmäklarsed. Tillsynsmyndigheten tilldelade mäklaren en varning med stöd av 12 och 19 §§ i 1995 års fastighetsmäklarlag.

3. Besiktningssklausulen

Besiktningssklausuler med tröskelvärden är svåra att utforma på ett tillfredsställande sätt. Begränsningar rörande köparens rätt att begära återgång eller hävning av köpet måste förklaras noggrant för köparen. Det är t.ex. viktigt att tider som ska hållas eller förutsätts hållas tydliggörs liksom vem som ska lämna med-

³ Besiktningssklausuler omfattas av ett mycket stort antal avgöranden från tillsynsmyndigheten. Fastighetsmäklarinspektionen (FMI) tidigare fastighetsmäklarnämnden (FMN) kallas fortsättningsvis tillsynsmyndigheten. Vanliga brister som framhålls av tillsynsmyndigheten är att a) Det saknas stopptider, t.ex. när ett meddelande om att köparen vill låta köpet gå tillbaka ska meddelas eller när åtgärdandet av felen senast ska ha skett, b) Stopptiderna är oskäligen eller motstridiga, c) I den mån åtgärdande av fel ska värderas anges det inte vem som ska göra värderingen, d) Det anges inte till vem meddelanden ska lämnas, e) Om uttryck som ”väsentliga fel” eller liknande används framgår inte om det är en begränsning jämfört med 4 kap. 19 § jordabalken, f) Om en klausul är tänkt att begränsa köparens möjligheter enligt 4 kap. 19 § JB framgår det inte tydligt nog för köparen, dvs. mäklaren har inte förklarat innebörden och konsekvensen av bestämmelsen tydligt nog för köparen och g) Om uttryck som ”väsentliga fel” eller liknande används framgår det inte heller om de fel som noteras i besiktningssklausulen ska anses som väsentliga eller inte. En diskussion som förekommer är om en besiktningssklausul inskränker möjligheten att göra gällande påföljder för eventuella fel i köprättslig mening med stöd av 4 kap. 19 § JB. Att behandla den frågan inom ramen för den här artikeln låter sig dock inte göras och författaren nöjer sig därför med denna anmärkning.

⁴ Säljarna förde för egen del ingen talan mot mäklaren. Deras inställning framgår därför endast indirekt av underlagen i ARN och tillsynsmyndigheten.

⁵ ARN:s beslut 2012-06-27, änr 2011-08597. I ett senare beslut med anledning av mäklarens begäran om omprövning höll ARN fast vid sitt tidigare beslut och lämnade begäran om omprövning utan bifall, ARN:s beslut 2012-12-10, änr 2012-07511. Ett argument mäklaren förde fram var att beslutet omfattade säljarna som inte var part i ARN:s prövning. Författaren berör inte denna omständighet ytterligare utan nöjer sig med denna anmärkning.

delande om vad och till vem. Besiktningssklausulen – som återfanns i det aktuella köpekontraktets 13 § – löd:

Köparen har rätt att besiktiga fastigheten med hjälp av sakkunnig person före den 27 juni 2011. Skulle vid besiktningssgenomgång upptäckas väsentliga fel eller brister utöver vad köparen tidigare känt och vars totala kostnad för avhjälpande överstiger ett prisbasbelopp inkl moms äger endera part rätt att senast dagen efter genomförd besiktningssgenomgång låta detta köp skadeståndslöst återgå, såvida inte säljaren svarar för kostnaderna som överstigande ett prisbasbelopp inkl moms för avhjälpande av felen eller bristerna.

Tillsynsmyndigheten påtalade följande brister:⁶

- a) Det framgick inte vem som skulle avgöra vad som utgjorde väsentliga fel eller brister.
- b) Det framgick inte vem som skulle beräkna kostnaden för att avhjälpa väsentliga fel eller brister.
- c) Klausulen saknade anvisningar om hur och till vem en eventuell begäran om återgång skulle framföras.
- d) Enligt mäklaren skulle begäran ske skriftligen, men detta var inte dokumenterat.
- e) En återgång skulle ske senast en dag efter det att en besiktningssgenomgång hållits mellan köparna och besiktningssmannen.
- f) Det saknades en reglering om hur säljarna skulle få information om dagen för besiktningssgenomgången.
- g) Det saknades en reglering om sista dag för säljarna att svara för kostnaderna och genomföra ett avhjälpande för att därigenom förhindra en återgång enligt besiktningssklausulen.
- h) Tidsfristen för att begära återgång efter besiktningssgenomgången var så kort att köparna i praktiken saknade möjlighet att fatta genomtänkta beslut.

Köparna påpekade för egen del dessutom att uttrycket ”utöver vad köparen tidigare känt” lämnade utrymme för tolkningar som kunde leda till tvist. Under handläggningen i ARN förde också köparna saklig argumentation om skillnaden mellan vad de *borde ha känt till* och vad de *faktiskt känt till*.

ARN tillade⁷ att det inte gick att utläsa hur besiktningen skulle relateras i förhållande till den besiktning som säljarna tidigare gjorde avseende byggnaden, en s.k. säljarbesiktning. En säljarbesiktning utgör endast kompletterande upplysningar om fastigheten från säljarna. Upplysningar om fel kan utgöra grund för säljare att göra gällande att berörda fel inte är relevanta, dvs. att de inte kan göras gällande av köpare.

⁶ Jfr FMI:s beslut 2013-02-20, dnr 4-2164-12.

⁷ Jfr ARN:s beslut 2012-06-27, änr 2011-08957.

4. Tvisten

Tvisten uppkom *efter* undertecknandet av köpekontraktet. Vid köparnas egen besiktning *efter* köpet, genomförd av en besiktningsman, uppmärksammade besiktningsmannen köparna på att fastigheten i själva verket var utrustad med tvåglasfönster. Besiktningsmannen synes ha uppskattat åtgärdskostnaderna till 200 000 kronor. Säljarna var inte intresserade av någon prisnedsättning att döma av köparnas redovisning till ARN. I den sedermera träffade uppgörelsen om återgång mellan köparna och säljarna ingick att, för det fall mäklaren skulle hävda sin rätt till mäklararvode, säljarna och köparna skulle dela på arvodet. Köparna och säljarna informerade mäklaren om återgången och att de ansåg att denna skett i enlighet med besiktningsklausulen och depositionsavtalet och informerade också om att säljarna inte gjorde anspråk på handpenningen samt anmodade mäklaren att redovisa hela handpenningen till köparna. Mäklaren hörsammade dock inte detta utan redovisade handpenningen till säljarna efter det att mäklaren tillgodogjort sig avtalad provision om 88 875 kronor innebärande att köparna inte fick tillbaka hela sin handpenning utan endast $(88\,875/2)$ 44 437 kronor och 50 öre.

Mellan parterna och mäklaren hade träffats ett depositionsavtal (s.k. handpenningavtal). Enligt gällande rätt ska mäklaren enligt huvudregeln utan dröjsmål vidarebefordra handpenningen till säljaren, *om inte något annat har överenskommits*, t.ex. genom att mäklaren erhållit ett särskilt uppdrag att förvalta handpenningen (jfr Prop. 1994/95:14 s. 54 och 76).⁸

Det är viktigt att mäklaren inte utnyttjar sin eventuella kvittningsrätt när det gäller att tillgodogöra sig provision mot deponerad handpenning, om rätten till eller storleken på provisionen är tvistig. Har deponering skett innehar mäklaren handpenningen för part som kan vara säljaren men också köparen. Redovisningsplikt föreligger mot den som slutligen ska ha handpenningen. I det aktuella depositionsavtalet angavs att handpenningen skulle redovisas mot köparen *om köpet återgick* på grund av att nämnda särskilda återgångsvillkor inte uppfyllts på det sätt som avtalats i köpekontraktet. Omvänt gällde att mäklaren hade rätt att tillgodogöra sig provision och att redovisning skulle ske mot säljarna när villkoren i köpekontraktet uppfyllts.⁹

⁸ Fastighetsmäklaren kan inte själv åberopa någon självständig rätt till handpenningen. Jfr Zacharias, Claude, 2011 års fastighetsmäklarlag, En kommentar, 2 uppl., 2013, s. 332 ff.

⁹ Jfr NJA 1986 s. 146. Högsta domstolens avgörande innebar att mäklarna, i vart fall beträffande konsumentförmedlingar, *dels* skulle se till att handpenningen var tillräckligt väl tilltagen för att täcka mäklarens anspråk på provision *dels* i köpekontraktet eller annorledes skulle ta in en tydlig bestämmelse om att mäklaren ägde njuta sin provision så snart ett mellan säljare och köpare bindande köpeavtal förelåg, alldeles oavsett om köparen senare inte fullföljt köpet genom erläggandet av den slutliga köpeskillingen. Saknas ett sådant villkor betyder det med stöd av Högsta domstolens avgörande, att mäklarens rätt till provision står och faller med köpets fullbordan och

Tillsynsmyndigheten har i ett äldre avgörande uttalat att när en part önskar frånträda en fastighetsaffär är det lämpligt att fastighetsmäklaren kontakter samtliga parter *innan* redovisning sker av de medel som mäklaren förvaltar på uppdrag av parterna.¹⁰ Avgörandet handlade förvisso om en hävningsklausul och inte en återgångsklausul men har dock sitt intresse i sammanhanget eftersom avgörandet tydliggjorde att det är mäklaren som har bevisbördan för att parterna godkänt att mäklaren ägt tillgodogöra sig provision föregående redovisningen mot endera parten. I det nu aktuella fallet kunde mäklaren inte styrka sitt påstående om den muntliga överenskommelsen. Trots detta vägrade mäklaren senare att under lång tid följa ARN:s rekommendation. I det äldre avgörandet avgjordes tvisten mellan köparna och säljarna i hovrätten¹¹ där köparnas talan om att återfå handpenningen ogillades därför att allvarliga fel inte ansågs föreligga. Tillsynsmyndigheten ansåg i det fallet att det inte var felaktigt av mäklaren att, *sedan lagakraftvunnen dom förelåg* mellan köparna och säljarna, redovisa handpenningen mot säljarna efter avräkning för mäklarens provision. Köpet var bindande mellan säljare och köpare och därmed förelåg också en rätt till provisionen som sådan.

I de fall en affär emellertid går åter, t.ex. på grund av att ett villkor inte uppfyllts, torde det normala förfarandet vara att återbetala den erlagda handpenningen *till köparen*. I förevarande fall borde mäklaren således ha redovisat *hela* handpenningen mot köparna, inte minst då säljarna uttryckligen genom överenskommelsen med köparna avstod från eventuella anspråk på handpenningen.¹²

I ett hovrättsavgörande¹³ handlade det om en förmedlare av en rörelse. Säljare och köpare kom överens om att köpet skulle återgå och säljaren gjorde inte anspråk på handpenningen. Enligt förhöret med köparen var också mäklaren med på uppgörelsen. Trots detta vägrade mäklaren återlämna handpenningen till köparen. Hovrätten ansåg det styrkt att mäklaren gått med på det. Mäklarens egen utsaga ansågs mindre trovärdig och det påverkade bedömningen eftersom mäklarens senare agerande innefattade att *ingen ny* handpenning krävdes när köparen i stället köpte ett annat objekt genom samma mäklare (med vilket förstås att den befintliga handpenningen stod kvar på mäklarens konto för detta senare köps räkning). Hovrätten ansåg därvid att "... [mäklarens] redovisningsskyldighet gentemot [säljaren] har övergått till en återbetalningsskyldighet gen-

köpebrevets utfärdande. Därför återfinns, sedan lång tid tillbaka, i uppdragsavtalen generellt en skrivning om att provisionsrätten inte är beroende av om köpebrev utfärdas eller inte.

¹⁰ Jfr FMN:s årsbok 2002, 2002-03-20:3.

¹¹ Jfr Göta hovrätts dom 2000-11-02, mål nr T 303-99.

¹² Jfr FMN:s beslut 1998-6-17, dnr 4-3013-97 där mäklaren hamnade i tvist med säljaren rörande provisionen när köpeavtalet skulle skrivas uppstod oenighet rörande provisionen och parterna tecknade därvid ett otydligt avtal innebärande att frågan bordlades tillsvidare och att rätten till provision skulle styrkas genom "rättsfall alt. lagstiftning". Fastighetsmäklaren redovisade handpenningen mot säljaren men först efter att själv ha tagit sin provision. Tvisten hamnade med tiden i allmän domstol. Mäklaren tilldelades en varning.

¹³ Jfr Svea hovrätts dom 2002-09-23, mål nr T 5056-00, dom nr DT 19.

temot [köparen] när köpet inte blev av och då säljare och köpare varit överens om att handpenningen inte skulle förverkas.”

5. Köparnas talan

Någon rättslig prövning rörande frågan om det förelåg en rätt för köparna att begära återgång av köpet skedde aldrig i förevarande fall. Från såväl ett säljarperspektiv som ett mäklarperspektiv bör frågan om det alls förelegat en rätt att begära återgång prövas objektivt. Villkorsklausulen i köpekontraktets § 13 lämnade dock ingen vägledning om vare sig vad som skulle utgöra väsentliga fel eller vilka fel som tidigare känts till av köparna. Redan på grund härav var bestämmelsen bristfälligt utformad. Göta hovrätt anförde i en dom från år 2000:¹⁴

Klausulen avser endast ”allvarliga” fel. Däri får anses ligga att det skall vara frågan om fel av någon betydelse för fastighetens funktion. Under visst intryck av den alternativa klausul som har diskuterats vid kontraktstillfället, och som parterna då uppenbarligen inte ansett gå utöver den av mäklaren föreslagna formuleringen, finner hovrätten att vissa krav måste ställas på varje enskilt fel men att det är tillräckligt att åberopbara fel sammantagna kan betecknas som allvarliga. För ställningstagande till när ett fel eller ett antal åberopbara fel är att anse som allvarliga kan viss ledning hämtas i de belopp som nämns i den alternativa klausulen.

Besiktningssklausulen i förevarande fall var således utformad så att tolkningsproblem uppkom beträffande vad köparna känt till eller borde ha känt till.

5.1 Marginella fel

För att en avvikelse från normal standard alls ska leda till *prisavdrag* krävs att defekten verkligen betyder något för fastighetens marknadsvärde.¹⁵ I förevarande fall framgår av handlingarna från ARN att kostnaderna för att åtgärda avsaknaden av treglasfönstren uppskattades till 200 000 kronor.¹⁶ Med utgångspunkt från att uppgiften är rimlig kan konstateras att det handlar om cirka fem

¹⁴ Jfr Göta hovrätts dom 2000-11-02, mål nr T 303-99 s. 6.

¹⁵ Jfr RH 2001:36. I avgörandet ansågs kostnaderna för att byta ut repade fönster för låga i förhållande till köpeskillingen.

¹⁶ I omprövningsbeslutet framgår av yttrande från köparna att desamma senare inhämtat offerter från flera företag vilka uppges styrka besiktningsmannens uppskattning av kostnaderna för treglasfönster. Övriga fel som tydligen också noterades i samband med köparnas överlåtelsebesiktning, vilka enligt dokumentationen bedömdes kosta 60 000 kronor att åtgärda, skulle som sådana i och för sig riskera att bedömas som för marginella för att påverka marknadsvärdet. I enlighet med vad som ovan redovisats äger dock en köpare lägga samman alla fel för att åberopa desamma sammantaget. Därigenom kan värdepåverkande fel anses föreligga.

procent av köpeskillingen vilket möjligen kan tyckas för lågt för att ha annan än en marginell inverkan på fastighetens marknadsvärde. Praxis visar dock att även ett nominellt betydande belopp kan komma att beaktas vid en *sammantagen* bedömning.¹⁷ Treglasfönster har dessutom betydelse såväl för buller som för energipåverkan.

5.2 Fel eller brister utöver vad köparen tidigare känt till

Utgångspunkten är fortsättningsvis att avsaknaden av treglasfönster *är* en *väsentlig* brist med hänsyn till utfästelsen i objektbeskrivningen. Felet är därmed ett fel i köprättslig mening. Frågan är då om köparna tidigare känt till bristen, dvs. om felet är relevant. Med ”tidigare” får förstås innan kontraktet skrevs under. Objektbeskrivningen innehöll under den generella rubriken ”Byggnad” ostridigt en uppgift om att det fanns treglasfönster i fastigheten. Eftersom så inte var fallet, var det fråga om ett köprättsligt fel, en avvikelse från vad som var avtalat. Den undersökningsplikt som en köpare har enligt 4 kap. 19 § jordabalken (JB), är mycket sträng men i de fall där det finns – som i förevarande fall – en uttrycklig uppgift om ett sakförhållande reduceras i allmänhet undersökningsplikten.

Hade mäklaren skrivit ”borde ha känt till” eller något liknande hade köparna enligt författarens mening haft svårare att hävda rätt till återgång. Nu stod det inte så och objektbeskrivningen var dessutom bilaga till köpekontraktet och därför en uttrycklig avtalshandling i motsats till säljarbesiktningen som inte var upptagen som bilaga till kontraktet. Till stöd för köparna talade också den omständigheten att det var objektbeskrivningen som först delades ut till köparna och som fanns tillgänglig på Internet och att utfästelsen om treglasfönster fanns i beskrivningen. Det är rimligt att köparna i en *senare erhållen handling* rörande säljarnas uppgifter om fastigheten, koncentrerade sig på däri eventuellt upptagna fel och brister. Dessutom inverkade naturligtvis den omständigheten att det i kontraktet infogats en besiktningssklausul. Det är därför förståeligt om köparna inte *innan* besiktningen tittade på huset ur annan än estetisk och funktionell synvinkel.

Frågan är dock inte självklar men författaren stannar ändå vid att köparna inte känt till att huset endast var utrustat med tvåglasfönster. Därmed hade köparna rätt att kräva återgång av säljarna och i konsekvens därmed uppkom aldrig ett bindande köp. Eftersom säljarna och köparna kommit överens om att låta köpet återgå har mäklarens redovisningsskyldighet gentemot säljaren *övergått till en*

¹⁷ Jfr Göta hovrätts avgörande från 2000 ovan omnämnt. En besiktningssklausul med tröskelvärde bör utformas så att en köpare lämnas en reell möjlighet att värdera huruvida fel påverkar en fastighets marknadsvärde mer än marginellt. Det kan t.ex. ske genom anlita det av två från varandra oberoende värderingspersoner som värderar felet och lämnar prisuppgifter på åtgärdandet och vilken inverkan felen har på fastighetens marknadsvärde.

återbetalningsskyldighet mot köparen. Mäklaren borde i förevarande fall, i sin egenskap av depositarie, i konsekvens med det nu redovisade inte hävdat någon självständig rätt till handpenningen. Mäklaren borde därför inte mot köparnas krav på återbetalning gjort gällande ett avtal om rätt till arvode och avräkning mot handpenningen. Mäklaren blev i förevarande situation bunden av depositionsavtalet och den redovisningsplikt som följde av detsamma, rätteligen återbetalningsskyldighet mot köparna.

I den aktuella situationen var mäklaren alltså förhindrad att kvitta sin provision och redovisa handpenningen mot säljaren och oenighet förelåg dessutom om mäklarens rätt därtill. Härutöver hade säljarna och köparna anvisat mäklaren att redovisa handpenningen *i dess helhet* mot köparen. Mäklaren borde i stället ha bevakat sin eventuella rätt till ersättning eftersom ett bindande köpeavtal – med mäklarens synsätt – förelåg. Eventuella krav på provision skulle således ha framställts mot säljarna. I förekommande fall fick därefter den frågan handläggas som ett ordinärt fordringsanspråk.

Mäklarens agerande kan dessutom uppfattas som ett ställningstagande mot köparna. En mäklare får inte enligt god fastighetsmäklarsed ta endera parternas parti om oenighet skulle råda om t.ex. förutsättningar för återgång föreligger eller inte.¹⁸

Konsekvensen av mäklarens handlande i det aktuella fallet är att endera säljarna eller köparna eller båda kan väcka talan mot mäklaren vid allmän domstol med yrkande om att återfå *hela* handpenningen.¹⁹ Den som väcker talan mot mäklaren har bevisbördan men den framstår i förekommande fall som måttligt betungande. Mäklaren har i sin egenskap av näringsidkare den reella bevisbördan för att mäklaren ägt rätt att tillgodogöra sig provision.²⁰

6. Nedsättning (jämkning) av mäklarens provision

Det är skillnad mellan skadestånd och jämkning av provision, sanktionerna är olika. I det föregående fallet krävs dels ett vårdslöst handlande från mäklarens sida, dels att skada uppkommit, dels att ett orsakssamband föreligger mellan mäklarens handlande och den påstådda skadan, dels att skadan kan värdesättas på något vis samt dels att skadan inte är för marginell i förhållande till köpeskillingen. Ett skadestånd kan jämkas helt eller delvis beroende på om den ska-

¹⁸ Jfr FMN:s beslut 1997-06-03, dnr 20-3826-96, där en mäklare tog parti för en part och självständigt kvitterade partens fordringsanspråk mot den deponerade handpenningen (jfr FMN:s beslut 1998-06-17, dnr 4-3013-97).

¹⁹ Till skillnad mot en rekommendation meddelad av ARN är en dom meddelad av allmän domstol verkställbar.

²⁰ Jfr ovan beträffande Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 2006-11-14, mål nr T 2057-05.

delidande i någon utsträckning själv varit medverkande till att skadan uppkommit eller inte själv begränsat skadans omfattning.

Nedsättning av provision förutsätter endast att mäklaren utfört sitt uppdrag på ett bristfälligt sätt och att bristen inte varit av ringa karaktär. Det kan inte uteslutas att uppdragsgivarens medverkan kan påverka bedömningen i mildrande riktning. I förevarande fall har mäklaren medverkat till en otydligt formulerad bestämmelse i köpeavtalet. Bestämmelsen har inte fått den verkan som var avsedd och oenighet har uppkommit mellan köparna och säljarna som emellertid lyckades bilägga denna oenighet varefter köpet återgick.

Mäklaren varnades av tillsynsmyndigheten för den bristfälliga utformningen av besiktningssklausulen. I ARN:s beslut framhölls att det inte gick att bedöma skadans omfattning (eller om skada uppkommit överhuvudtaget) vilket inte heller var nödvändigt i och för sig för jämkning av eventuell provision. ARN konstaterade också att besiktningssklausulens utformning var så bristfällig att jämkning skulle ske i sin helhet.

I 23 § i 1995 års fastighetsmäklarlag²¹ reglerades förutsättningarna för att sätta ned fastighetsmäklarens ersättning. Det handlade om brister vid utförande av uppdraget som skulle läggas till grund för en eventuell jämkning av fastighetsmäklarens rätt till provision. Härutöver fordrades att fastighetsmäklaren åsidosatt de skyldigheter mäklaren ålagts att iaktta. Fastighetsmäklaren kunde dock undgå jämkning av sitt provisionsanspråk om hans åsidosättande var av ringa betydelse.²²

Författaren menar att det med stöd av omständigheterna i det aktuella får anses uteslutet att försummelsen rörande klausulens utformning skulle anses utgöra ett ringa åsidosättande. Däremot kan det diskuteras huruvida mäklarens provision ska jämkas helt eller delvis. Det ska framhållas att jämkning kan aktualiseras även om köpet i det aktuella fallet hade fullföljts eftersom bestämmelsen i fastighetsmäklarlagen tar fasta på kvalitén på mäklarens arbete, dvs. hur väl mäklaren utfört sitt uppdrag. På så sätt får bestämmelsen en självständig betydelse.

7. Mäklarens talan

De omständigheter som mäklaren åberopade till stöd för sin talan kan, utöver vad som ovan redan redovisats, i allt väsentligt formuleras enligt följande:

- a) Mäklarens underlåtenhet är ringa, dvs. grund för jämkning av mäklarens provision saknas helt eller delvis.

²¹ Jfr 24 § i 2011 års fastighetsmäklarlag och 18 § i 1984 års fastighetsmäklarlag.

²² Jfr prop. 1984/85:16 s. 49 vari uttalas "För att nedsättning ska åga rum krävs inte att mäklaren subjektivt sett varit försumlig. Ersättningen kan alltså sättas ned oberoende av anledningen till att mäklaren har åsidosatt sina skyldigheter."

- b) För det fall jämkning ska ske bör hänsyn tas till
- i. dels att det i säljarens skriftliga uppgifter om fastigheten fanns en uppgift om att fönstren i byggnaden var tvåglasfönster. Den uppgiften stod i strid med uppgiften i objektbeskrivningen och det borde ha uppmärksammats av köparna,
 - ii. dels att köparna besökt fastigheten redan innan köpekontraktet skrevs på, och därför borde ha noterat glasens karaktär,
 - iii. dels att säljarna i onödan gått med på en återgång, samt
 - iv. dels att säljarna varit medvållande till att den felaktiga uppgiften infördes i beskrivningen.

Mäklarens invändningar kan beskrivas som ett påstående om kännedom om ett fel som diskvalificerar köparna från att åberopa att fel föreligger. Principen om att fel som är kända inte får åberopas återfinns inte blott i JB utan också i 20 § 1 st. köplagen (KöpL). Bestämmelsen i det aktuella köpekontraktet avser faktisk vetskap (inte bort inse). I såväl JB som KöpL lämnas dock en viss bevislättning för en säljare genom uttrycken ”borde ha upptäckt” respektive ”måste antas ha känt till”. Innebörden är att en köpare som köper fastigheten eller varan inte senare ska kunna göra gällande anspråk mot säljaren när fastigheten eller varan är i det skick vid köptillfället, som köparen borde ha insett eller förstått att den skulle vara. Det kan antas att synsättet uttrycker något som gäller inom avtalsrätten i stort och särskilt vad beträffar principerna för avtalstolkning.²³

I förevarande fall är det ostridigt att mäklaren författat besiktningssklausulen utan att precisera vad som avsågs i flera viktiga avseenden. Författaren menar att mäklaren redan på grund av sin ställning som näringsidkare bör svara för otydligheten.²⁴

Eftersom mäklaren upprättat beskrivningen är det författarens mening att mäklaren borde ha uppmärksammat motstridigheten mellan uppgiften i den s.k. säljarbesiktningen och objektbeskrivningen. Mäklaren borde därvid utrett oklarheten närmare. Hade så skett hade den situationen som senare uppstod antagligen inte uppkommit. Frågan är därför om inte underlåtenheten i sig borde ha

²³ Även om det inte ansågs styrkt att köparna enligt besiktningssklausulens ordalydelse haft kännedom om hur det förhöll sig med fönstren, är det inte uteslutet att de bort inse det. Vid sådant förhållande är det inte heller uteslutet att åberopa den allmänna skadeståndsrättsliga principen om medvållande. Argumentet skulle således vara att köparna varit medvållande till den skada de hävdar att de drabbats av genom att inte titta sig omkring mer noggrant. Medvållandet skulle därvid – om köparna i och för sig anses ha drabbats av en skada – leda till att skadeståndsanspråket helt eller delvis jämkades på grund av köparnas egna försummelser. Enligt författaren är det principiellt möjligt att ålägga mäklaren skadeståndsskyldighet och jämka dennes provision.

²⁴ Jfr Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 2006-11-14, mål nr T 2057-05. Hovrätten uttalade sig på ett sätt som tyder på att den som gett upphov till oklarheter genom en viss åtgärd och som har haft möjlighet att förebringa närmare utredning om vad som ska gälla bär den tyngre bevisbördan.

föranlett en varning enligt 1995 års fastighetsmäklarlag. Det ska också framhållas att det saknar betydelse för bedömningen av mäklarens ansvar som sådant, om köparna och säljarna uppmärksammat motstridigheten rörande fönstren i säljarbesiktningen och objektbeskrivningen eller inte, liksom den omständigheten att säljarna skrivit på objektbeskrivningen. Mäklarens ansvar för hur denna utfört sitt uppdrag är självständigt.

Författaren kan inte utesluta att säljarnas förbiseende rörande uppgiften om treglasfönster vid en rättslig prövning, skulle inverka gynnsamt på mäklarens eventuella skadeståndsskyldighet och på mäklarens risk att få sin provision nedsatt. Säljarna har ju trots allt inte haft något att erinra mot utformningen av objektbeskrivningen.²⁵ Köparna lyckades undvika en kostsam och resurskrävande domstolsprocess genom förlikningen med säljarna.²⁶ Dessutom – och det är en central omständighet – är överenskommelsen *mellan köparna och säljarna* rörande mäklarens provision ett avtal *inter partes* där mäklaren inte är part.

Mäklaren hävdade att han fått parternas muntliga godkännande om att tillgodogöra sig provisionen. Häri uppkommer ett svårbemästrat problem för mäklaren eftersom bevisbördan för muntliga överenskommelser åvilar mäklaren inte minst som denne är näringsidkare. Därtill ligger det nära till hands att hävda att mäklarens version kan komma i konflikt med 11 § i 1995 års fastighetsmäklarlag (jfr 9 § i 2011 års fastighetsmäklarlag) om att fastighetsmäklaren inte får åberopa ett avtalsvillkor mot säljaren, som inte har tagits in i uppdragsavtalet eller på annat sätt har avtalats skriftligen.

8. Avslutning

Tvister rörande utformningen av besiktningssklausuler är vanliga. Disciplinära påföljder på grund av illa utformade besiktningssklausuler är därför vanligt före-

²⁵ Mäklare har som huvudregel rätt att förlita sig på säljarens uppgifter om uppgifterna med hänsyn till omständigheterna inte framstår som uppenbart tveksamma. Jfr 16 § i 1995 års fastighetsmäklarlag som överensstämmer med 16 § i 2011 års fastighetsmäklarlag. Jfr Hovrättens för Nedre Norrland dom 2007-02-12, mål nr T 1086-06, som handlade om uppgiven typ av kamin. Jfr Svea hovrätts dom mål nr 1990-09-28, T 391/89, dom nr DT 23. Domen är ett bra exempel på att mäklarna vid minsta osäkerhet antingen har att undanröja densamma genom mer ingående undersökningar eller att tillse att osäkerhetsmomentet klart påtalas i ett inte alltför sent skede. Upplysningsplikten kan sägas ha övergått i ett utredningsansvar. Jfr Zacharias, Claude, 2011 års fastighetsmäklarlag, En kommentar, 2 uppl., 2013 s. 500 ff.

²⁶ Jfr FMN:s årsbok 2002, 2002-03-20:3. Mäklaren synes få svårt att anföra överenskommelsen mellan säljarna och köparna som sådan som ett argument mot nedsättning av provisionen och författaren hänvisar återigen till Svea hovrätts dom 2002-09-23, mål nr T 5056-00, dom nr DT 19 ovan berörd. Mäklaren kan inte heller hänvisa till den aktuella överenskommelsen till stöd för vare sig en kvittningsrätt eller en rätt att själv bestämma mot vem han ska redovisa handpenningen.

kommande. Fall som det nu redovisade hör dock till ovanligheten. Även om återgångsgrund inte skulle anses föreligga har den otydliga besiktningsklausulen inneburit en risk för att säljarna och köparna skulle hamna i en domstol med allt vad det skulle kunna medföra i kostnader m.m. Det kan inte heller uteslutas att upprättandet av en beskrivning med kännedom om säljarens egen s.k. säljarbesiktning utan att uppmärksamma motstridigheten är varningsgrundande eller grund för nedsättning av provisionen. En fastighetsmäklare som trots köparnas och säljarnas överenskommelse och tydliga instruktion om återbetalning, själv tar sig en rätt på sätt som skedde i det aktuella fallet bryter enligt författarens mening mot såväl god fastighetsmäklarsed som mot gällande praxis. Det torde höra till ovanligheten att en mäklare vägrar att efterkomma ARN:s rekommendation. Sammantaget synes ARN: rekommendation och tillsynsmyndighetens beslut befogade.²⁷

Affärsmässigt var mäklarens agerande mindre genomtänkt. Redan den uppmärksamhet som fallet fick i media är tillräckligt för att det framstår som ogenomtänkt att trots ARN:s beslut inte betala tillbaka provisionen. En mäklare som inte följer ARN:s rekommendationer publiceras i den s.k. ”svarta listan”, en föga goodwill-befrämjande publicering.

Mäklarsamfundets roll måste starkt ifrågasättas. Mäklarsamfundet utfärdar riktlinjer och arbetar för att förbättra mäklarnas rykte och agerar remissinstans. Samtidigt bedriver organisationen en lönsam juridisk rörelse med rådgivning och rättsligt biträde till sina medlemmar. Många är de ärenden där Mäklarsamfundets jurister biträdd sina medlemmar, också i fall där uppenbara brister i uppdragets utförande ligger mäklaren till last. I det här aktuella ärendet hade mäklaren ostridigt inte följt Mäklarsamfundets riktlinjer för hur en besiktningsklausul borde utformas och inte heller använt sig av den rekommenderade öppetköp-klausulen. I en sådan situation är det högst olämpligt av en branschorganisation att agera ombud och försöka rättfärdiga mäklarens agerande. Det finns också en stående och tämligen uttalad om än inte bindande policy att följa rekommendationer från ARN. Dubbla budskap av det här slaget är onödiga och reducerar också Mäklarsamfundets trovärdighet.

Mäklaren valde till slut att följa ARN:s rekommendation och betalade åter pengarna till köparna. I TV-programmet Plus den 14 november 2013, redovisades fallet. I inslaget lyste det igenom att medias intresse avgjort saken även om Mäklarsamfundets företrädare i inslaget ville göra gällande att andra orsaker låg bakom ”kovändningen”.

Claude Zacharias

²⁷ Författarens bedömning skulle dock påverkas om mäklaren kunde styrka påståendet om att säljarna och köparna muntligen godkände att mäklaren fick tillgodogöra sig provisionen.